

Brennpunkt Familienrecht

Festschrift
für Thomas Geiser
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Roland Fankhauser Ruth E. Reusser Ivo Schwander



Dank

Ohne die Mitwirkung zahlreicher Personen könnte ein solches Werk nicht realisiert werden. In erster Linie ist den Autorinnen und Autoren für die hochkarätigen Beiträge zu danken. Besonderer Dank geht an das Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen (IRP-HSG), welches einen namhaften finanziellen Beitrag leistete. Dem Dike Verlag verdankt dieses Werk seine schöne Ausstattung. Das umsichtige Lektorat besorgten in Co-Leitung die beiden Herren Pascal Burgunder, MLaw, und Thierry Burckhardt, BLaw, sowie Frau lic. phil. Nadja Fischer, Frau Nathalie Glaser, Herr Kevin Gretschi, Herr Luca Montisano, BLaw, und Frau Sarah Rivoli, BLaw, alle wissenschaftliche Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Juristischen Fakultät der Universität Basel.

Die Grafik für das Vorsatzpapier wurde freundlicherweise von der Seidenmann AG, Zürich, zur Verfügung gestellt.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03751-973-8

www.dike.ch

<p>© 2017 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen; ISBN 978-3-03751-973-8 Dieses digitale Separatum wurde der Autorenschaft vom Verlag zur Verfügung gestellt. Die Autorenschaft ist berechtigt, das Separatum ein Jahr nach Erscheinen des gedruckten Werks unter Hinweis auf die Erstpublikation weiterzuveröffentlichen.</p>

Inhaltsverzeichnis

REGINA AEBI-MÜLLER

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Luzern

Handlungsfähigkeit und Erwachsenenschutz – Versuch einer Klärung 1

KURT AFFOLTER-FRINGELI

lic. iur., Fürsprecher und Notar

Rollen und Verantwortlichkeiten bei behördlicher
Fremdunterbringung eines Kindes – Zur Aufgabenabgrenzung
zwischen KESB, Pflegeplatzverantwortlichen, Erziehungsbeistand
und kostenpflichtigem Gemeinwesen 23

CHRISTINE ARNDT

lic. iur., Rechtsanwältin

Die Sparquote – Basis für die nacheheliche Unterhaltsberechnung 43

YVO BIDERBOST

*Dr. iur., Leiter Rechtsdienst KESB Stadt Zürich, Lehrbeauftragter an den Universitäten
Luzern, Freiburg und Zürich*

Schauplatz Handlungsfähigkeit ... In KESB we trust! 67

MARTINA BOSSHARDT/STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/STEPHAN WOLF

*MLaw, Rechtsanwältin/Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Professorin an der Universität Bern/
Prof. Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Professor an der Universität Bern*

Der Beweis der Zuordnung von Vermögensgegenständen und das
Inventar im Partnerschaftsgesetz (Art. 19 f. PartG) 97

PETER BREITSCHMID/REMO MÜLLER

Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Zürich/lic. iur., Rechtsanwalt und Notar

Recht kostet – Was darf die Scheidungsfreiheit in der Schweiz
kosten? – Gleichsam ein Beitrag zur gerichtlichen Scheidungsform
und zu Gerichtskosten 111

MICHELLE COTTIER

Prof. Dr. iur., MA, ordentliche Professorin für Zivilrecht an der Universität Genf

Neue Balance von Informations- und Geheimhaltungsinteressen
im Adoptionsdreieck – Zur Revision der Bestimmungen des
Schweizerischen Zivilgesetzbuches zum Adoptionsgeheimnis 151

ANNE-SYLVIE DUPONT

*Prof. Dr. iur., Avocate, Professeure ordinaire aux Facultés de droit des Universités
de Neuchâtel et Genève*

Enfant en situation de handicap : droit aux prestations sociales et
conséquences sur l'organisation familiale 169

ROLAND FANKHAUSER/NADJA FISCHER

*Prof. Dr. iur., LL.M., Advokat, ordentlicher Professor an der Universität Basel/
lic. phil., stud. iur.*

Kinderfotos auf Facebook oder wenn Eltern die
Persönlichkeitsrechte ihrer Kinder verletzen 193

PATRICK FASSBIND

*Dr. iur., Advokat, MPA, Amtsleiter und Spruchkammervorsitzender der Kindes- und
Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Basel-Stadt*

Vorsorgeauftrag in der Praxis – Risiken und Nebenwirkungen 217

CHRISTIANA FOUNTOULAKIS/GERALD MÄSCH

*Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Freiburg i.Ue./
Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Münster*

Ausländische Kinderehen und Schweizer IPR – Ein besorgter
Zwischenruf 241

JÜRIG GASSMANN

lic. iur., Rechtsanwalt

Die Psychiatrische Patientenverfügung – Chancen für die
Patientenautonomie – Grenzen ihrer Wirksamkeit 257

MYRIAM GRÜTTER

Fürsprecherin, Oberrichterin

- Teilinvalidität und Frühpensionierung – Ein erster Praxisfall
für den neuen Vorsorgeausgleich 271

CHRISTOPH HÄFELI

Prof. (FH) em. lic. iur., dipl. Sozialarbeiter

- Familiengerichte im Kanton Aargau als optimale Organisations-
form der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde – Der Kanton
Aargau als Schrittmacher für eine Innovation im Gerichtswesen? 289

MARIANNE HAMMER-FELDGES/ANNA MURPHY

lic. iur., Rechtsanwältin und Notarin/MLaw, Rechtsanwältin

- Das Haustier bei Auflösung des gemeinsamen Haushaltes 311

ALEXANDRA JUNGO

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Freiburg

- Die geschiedene Witwe und ihre Vorsorge – Vorsorgeunterhalt,
Vorsorgeausgleich und Hinterlassenenleistungen 327

MARTIN KAUFMANN/LUZIUS KAUFMANN

Prof. Dr. iur., Kreisrichter/B.A. HSG in Law

- Haben Kinder Rechte? – Die Stellung des Kindes bei der
gerichtlichen Beurteilung der «persönlichkeitsbezogenen»
Wirkungen des Kindesverhältnisses 343

PHILIPPE MEIER

*Prof. Dr. iur., Avocat, Professeur ordinaire à la Faculté de droit, des sciences criminelles
et d'administration publique, Université de Lausanne*

- De la Côte d'Azur au Lac Majeur – ... ou comment un mandat
d'incapacité survit-il à un déménagement ? 363

URS PETER MÖCKLI

Dr. iur., Fürsprecher

- Wegzug des Kindes ins Ausland – Materielle Beurteilung der
Auswanderung, internationale Zuständigkeit und richterliche
Kommunikation 385

MICHEL MONTINI

lic. iur., Avocat à Neuchâtel et adjoint scientifique à l'Office fédéral de la justice, lecteur à l'Université de Fribourg

Garçon ou fille ? Tertium non datur ? – Ce que la loi dit lorsque le sexe d'une personne est ambivalent. Développements récents en Suisse et à l'étranger 403

RUTH E. REUSSER

Dr. iur., ehem. Stellv. Direktorin des Bundesamtes für Justiz

Das neue materielle Adoptionsrecht – ein kritischer Blick 431

VITO ROBERTO/MELANIA KLAIBER

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor an der Universität St. Gallen/ Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen (IRP-HSG)

Haftung bei Täuschung über die Empfängnisverhütung 449

DANIEL ROSCH

Prof. (FH) Dr. iur., dipl. Sozialarbeiter FH

Art. 437 ZGB – kantonales Einfallstor für medizinische Zwangsmassnahmen? 461

ARNOLD F. RUSCH

Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt

Scheinvaterregress – Prozessuale Wege und Anspruchsgrundlagen 477

FELIX SCHÖBI

PD Dr. iur., Bundesrichter

Living apart together – Bemerkungen zur Auslegung von Art. 114 ZGB 493

IVO SCHWANDER

Prof. em. Dr. iur., Dr. h.c., Rechtskonsulent

Zur Reformbedürftigkeit des schweizerischen IPR und IZPR des Familienrechts 505

ANNETTE SPYCHER

Prof. Dr. iur., LL.M., Fürsprecherin

«Solange das Kind minderjährig ist» – Oder: Wie gelangt der
Betreuungsunterhalt zum wirtschaftlich Berechtigten? 521

DANIEL STECK

Dr. iur., Dr. h.c., alt Obergerichter

Die fehlende Rechtseinheit im Kindes- und Erwachsenen-
schutzrecht der Schweiz – Gedanken zum Verfahren und zu
einzelnen besonderen Aspekten der bundesgerichtlichen
Rechtsprechung 541

THOMAS SUTTER-SOMM/DARIO AMMANN

Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Basel/MLaw

Rechtsbegehren und Sachverhaltsermittlung in familienrechtlichen
Verfahren – oder die Gefahr von Abbau des Rechtsschutzes 557

URS VOGEL

lic. iur., MPA, Sozialarbeiter FH

Der Wohnsitz des minderjährigen Kindes im Zivil- und
Sozialhilferecht – Konsequenzen der unterschiedlichen
Anknüpfung bei der Anordnung und Umsetzung von
Kindesschutzmassnahmen 577

NICOLAS VON WERDT

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Bundesrichter

Der Rechtsschutz im Eheschutz 593

Kinderfotos auf Facebook oder wenn Eltern die Persönlichkeitsrechte ihrer Kinder verletzen

ROLAND FANKHAUSER/NADJA FISCHER

Inhaltsübersicht

I.	Einleitende Bemerkungen	193
II.	Recht am eigenen Bild	195
	A. Allgemeines	195
	B. Kinder und das Recht am eigenen Bild	198
	C. Absolut oder relativ höchstpersönliches Recht	200
III.	Persönlichkeitsverletzung durch Veröffentlichung von Bildern	203
	A. Allgemeines	203
	B. Veröffentlichung in sozialen Netzwerken (am Beispiel Facebook)	205
	C. Besondere Schutzwürdigkeit von Kindern	206
	D. Schutzwürdigkeit je nach Fotosujet?	207
IV.	Rechtswidrigkeit	208
	A. Allgemeines	208
	B. Rechtfertigende Einwilligung durch das Kind	208
	C. Rechtfertigende Einwilligung durch die Eltern	210
	D. Rechtfertigung aufgrund überwiegender Interessen	212
	E. Rechtfertigung durch Gesetz	214
V.	Fazit	214

I. Einleitende Bemerkungen

Der vorliegende Beitrag ist an der Schnittstelle zwischen Persönlichkeits- und Familienrecht angesiedelt, beides Rechtsgebiete, welche im beeindruckenden Werk des Jubilars von Anbeginn eine bedeutende Rolle eingenommen haben.¹ Wie noch zu zeigen sein wird, hat THOMAS GEISER auch für die vorliegende Problematik bereits früh und präzise die Richtung skizziert, in welche die Lösung gehen muss.² Dieser Beitrag soll im Rahmen einer vertieften Auseinandersetzung seine damaligen Bedenken unterstreichen.

¹ Vgl. beispielsweise die Habilitationsschrift THOMAS GEISER, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel und Frankfurt am Main 1990, sowie BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Kommentar zu Art. 159–180 ZGB und zu Art. 8a und 8b SchlT, 1. Aufl., 1988.

² GEISER (Fn. 1), 129.

Die moderne Technik hat unseren Umgang mit Bildern grundlegend verändert. Mit dem Smartphone ein Foto knipsen und dieses wenige Sekunden später mit den digitalen Freunden in aller Welt teilen – für viele längst Alltag. Das Bier mit den Fussball-Kumpels, der Schatz am Sandstrand, das Baby im St. Nikolaus-Kostüm, private Nutzer laden täglich Millionen³ Fotos auf soziale Medien⁴ hoch. Während das Recht auf Selbstbestimmung in unserer Gesellschaft ansonsten grossgeschrieben wird,⁵ sind die Persönlichkeitsrechte der Abgebildeten kaum ein Thema.⁶ Dabei begeht jeder eine Persönlichkeitsverletzung, der das Bild eines Dritten ohne dessen Einwilligung bzw. ohne sonstigen Rechtfertigungsgrund veröffentlicht.⁷

Viele Eltern⁸ laden mit Vorliebe auch Schnappschüsse ihrer Kinder⁹ hoch und teilen so mit der digitalen Community die Freude und den Stolz am Nachwuchs.¹⁰ So unbedacht dies geschieht, so heikle Fragen stellen sich, gerade vor dem Hintergrund, dass diese Bilder grundsätzlich ewig im Netz überdauern. Es stellt sich namentlich die Frage, ob und unter welchen Umständen die Eltern durch das «Posten» von Kinderfotos nicht das Persönlichkeitsrecht ihrer Kinder am eigenen Bild verletzen. Der

³ Allein auf Facebook werden täglich über 350 Millionen Fotos online gestellt, ULLA AUTENRIETH/SARAH BIZZARRI/NADJA LÜTZEL, *Kinderbilder im Social Web, Eine empirische Studie zu Internet-basierter Bildpräsenz und Bildnutzung von unter 12-Jährigen*, Baden-Baden 2017, 15.

⁴ Soziale Medien (Social Media) «dienen der – häufig profilbasierten – Vernetzung von Benutzern und deren Kommunikation und Kooperation über das Internet», <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/soziale-medien.html>, abgerufen am 16. August 2017. Typisch für soziale Medien ist also die Interaktivität. Zu den sozialen Medien zählen Wikipedia oder Blogs, bei denen einseitig Information zur Verfügung gestellt wird, aber auch soziale Netzwerke (Facebook, Instagram etc.), bei denen der Austausch mit anderen Nutzern im Vordergrund steht. Der Begriff «Soziale Medien» umfasst also auch soziale Netzwerke, vgl. STEFAN VETTER, *Das Recht am eigenen Bild Minderjähriger in sozialen Netzwerken*, AfP – Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht 2017, 128.

⁵ Man denke etwa an neue Rechtsinstitute wie die Patientenverfügung (Art. 370 ff. ZGB), welche die Selbstbestimmung bis zum Lebensende ermöglichen soll.

⁶ Naturgemäss sind die Persönlichkeitsrechte in der öffentlichen Wahrnehmung am ehesten dann ein Thema, wenn Fotos Personen in verhänglichen Situationen zeigen – etwa wenn Hacker Nacktfotos von Prominenten im Netz publizieren.

⁷ Vgl. Art. 28 ZGB.

⁸ Wenn im Folgenden von den Eltern die Rede ist, sind damit Eltern gemeint, welche die elterliche Sorge (Art. 296 ff. ZGB) innehaben und für ihr Kind auch die gesetzliche Vertretung (Art. 304 Abs. 1 ZGB) übernehmen.

⁹ Ein Kind ist jeder Mensch, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (Art. 1 UNKRK [Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, SR 0.107]). Auch Jugendliche sind demnach rechtlich als Kinder zu qualifizieren.

¹⁰ Eine aktuelle Basler Studie zu Kinderbildern im Social Web zeigt, dass von 24 befragten 11–12-jährigen Kindern nur sechs Elternteile keine Familien- oder Kinderfotos in ihren Social Media-Profilen publizieren. Die häufigsten Bildmotive sind gemeinsame Ausflüge, Urlaube, Weihnachten, Halloween und Geburtstage. Hochgeladen werden aber auch Badefotos oder Schnappschüsse aus dem Spital, AUTENRIETH/BIZZARRI/LÜTZEL (Fn. 3), 104 ff.

vorliegende Aufsatz geht dieser Frage nach und konzentriert sich dabei auf die Persönlichkeitsrechte von urteilsunfähigen (Klein-)Kindern.

II. Recht am eigenen Bild

A. Allgemeines

Nach Lehre und Rechtsprechung verfügt jeder Mensch¹¹ über das Recht am eigenen Bild, das ihn vor der Zurschaustellung seines Abbildes schützen soll.¹² Die physische Erscheinung ist Teil der rechtlich geschützten Persönlichkeit und fällt somit in den Schutzbereich von Art. 28 Abs. 1 ZGB.¹³ Sobald das äussere Erscheinungsbild einer Person von einem Bildnisträger verkörpert wird, ist es vom Recht am eigenen Bild erfasst.¹⁴ Ob es sich dabei um eine Fotografie, eine Fotomontage, einen Film, eine Zeichnung oder gar um eine Skulptur handelt, ist irrelevant.¹⁵

Verletzungen des Rechts am eigenen Bild gehen häufig mit einer Verletzung der Privatsphäre oder der Ehre einher.¹⁶ Lange wurde deshalb in der Literatur die Meinung vertreten, das Recht am Bild habe keine eigenständige Bedeutung, sondern sei ledig-

¹¹ Die Persönlichkeitsrechte stehen natürlichen und juristischen Personen zu. Auf das Recht am eigenen Bild können sich hingegen nur natürliche Personen berufen, da juristische Personen nicht über ein entsprechendes physisches Bild verfügen, MARC BÄCHLI, Das Recht am eigenen Bild. Die Verwendung von Personenbildern in den Medien, in der Kunst, der Wissenschaft und in der Werbung aus der Sicht der abgebildeten Person, Basel/Genf/München 2002, 76.

¹² Vgl. BGE 127 III 481, 492; BGE 129 III 715, 722; BGE 138 II 346, 359; HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016, Rz. 13.28; REGINA E. AEBI-MÜLLER, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005, Rz. 820 ff.; BÄCHLI (Fn. 11), 33 ff.; GEISER (Fn. 1), 38 ff.; CR-JEANDIN, Art. 28 ZGB N 48.

¹³ Art. 28 ZGB verleiht der natürlichen und juristischen Person ein subjektives Recht auf Unversehrtheit in den geschützten Persönlichkeitsbereichen. Das Gesetz umschreibt nicht, was im Einzelnen unter «Persönlichkeit» bzw. «Persönlichkeitsverletzung» zu verstehen ist. Gemäss Bundesgericht (BGE 70 II 127; Pra 1944 Nr. 148, 345) umfasst die Persönlichkeit alles, «was zur Individualisierung einer Person dient und im Hinblick auf die Beziehung zu den einzelnen Individuen und im Rahmen der guten Sitten als schutzwürdig erscheint.» Vgl. auch HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 12.03.

¹⁴ Auch im Urheberrecht ist das immaterielle Werk Schutzobjekt. Um in den Anwendungsbereich des Urheberrechts zu gelangen, muss dieses sich in einem körperlichen Werkstück realisieren, BÄCHLI (Fn. 11), 27.

¹⁵ BÄCHLI (Fn. 11), 27; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 13.28.

¹⁶ So z.B. im Falle von Fotomontagen: «Wird in einer Fotomontage der Kopf einer prominenten Politikerin auf einen nackten Frauenkörper gesetzt, ruft nicht das bekannte Abbild der Politikerin nach Schutz, sondern die sich aus der Montage ergebende Verletzung der Ehre und das Lächerlichmachen», AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 822. Vgl. auch HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 13.28.

lich eine Ausprägung des Rechts auf Privatsphäre.¹⁷ Die Auffassung gewinnt jedoch an Boden, dass das Bildnis einer Person ein eigenständiger Persönlichkeitsbereich sei und dass das Recht am eigenen Bild unabhängig von der Verletzung anderer Persönlichkeitsgüter angerufen werden könne.¹⁸ Schutzobjekt des Rechts am eigenen Bild ist nach dieser Auffassung weder die Ehre oder die Privat- bzw. Geheimsphäre noch die äussere Erscheinung an sich.¹⁹ Geschütztes Rechtsgut ist vielmehr die «Freiheit der Selbstbestimmung» über das verkörperte Personenbild» bzw. die «Selbstbestimmung über die Darstellung der eigenen Person in der Öffentlichkeit»²⁰ (Recht auf informationelle Selbstbestimmung). Am deutlichsten hat das Bundesgericht dies wohl (allerdings im datenschutzrechtlichen Kontext²¹) im Google Street View-Urteil (BGE 138 II 346) festgehalten, wenn es zuerst (Erw. 8) darlegt «Grundsätzlich darf niemand ohne seine (vorgängige oder nachträgliche) Zustimmung abgebildet werden, sei es durch Zeichnung, Gemälde, Fotografie, Film oder ähnliche Verfahren (...)» und dann ausführt: «Die Veröffentlichung des individualisierenden, das heisst nicht rein zufälligen Bildes ohne Einwilligung des Betroffenen stellt immer eine Persönlichkeitsverletzung dar, und zwar unabhängig davon, ob bereits die Aufnahme unrechtmässig erfolgte» (Erw. 8.3).²² In die gleiche Richtung hatte sich bereits einige Jahre

¹⁷ Vgl. etwa ANDREAS BUCHER, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 4. Aufl., Basel 2009, Rz. 454. Zur Diskussion über die Eigenständigkeit des Rechts am eigenen Bild vgl. grundlegend BÄCHLI (Fn. 11), 59 ff. m.w.H.

¹⁸ BGE 129 III 715, 723; BGE 127 III 481, 492; BÄCHLI (Fn. 11), 69; GEISER (Fn. 1), 38 f.; RAPHAËL HAAS, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 50; kritisch hinsichtlich eines eigenständigen Rechts am eigenen Bild, AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 820; ebenso HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, *Persönlichkeitsschutz und Massenmedien – Eine Darstellung der aktuellen privatrechtlichen Ausgangslage*, recht 2004, 129, 138 f., Fn. 72; ausführlich zur Kritik auch HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 12.123 ff., mit HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 13.28a, ist jedoch festzuhalten, dass die Frage vielfach von geringer praktischer Relevanz ist. Unbestritten ist, dass das Recht am eigenen Bild in den Schutzbereich der Generalklausel von Art. 28 Abs. 1 ZGB fällt.

¹⁹ Denn die äussere Erscheinung an sich wird durch die tatbestandsmässige Handlung nicht verletzt, BÄCHLI, (Fn. 11), 70.

²⁰ BGE 138 II 346, 359; BÄCHLI (Fn. 11), 71.

²¹ Worauf JULIA BHEND, Die Bedeutung des Street View-Urteils für die Veröffentlichung von Bildern im Internet, sic! 2012, 700, 701 f., hinweist und die Bedeutung für das (zivile) Recht am eigenen Bild relativiert; anders hingegen FLORIAN SCHMIDT-GABAIN, Social Media und Inhalte, in: Oliver Staffebach/Claudia Keller (Hrsg.), *Social Media und Recht für Unternehmen*, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 2.67 f.

²² Andere Stellen des Urteils lassen wiederum zweifeln, ob damit genuin ein eigenständiges Recht unterstrichen oder lediglich die zusätzlichen persönlichkeitsverletzenden Umstände (angesichts der besonderen technischen Umstände bei neuen Medien) erweitert werden. So wird in Erw. 8.2 unter Berufung auf BRÜCKNER, der (an anderer Stelle) ein eigenständiges Recht am eigenen Bild ablehnt, präzisiert, das Recht am eigenen Bild umfasse neben der Abwehr von *gezieltem, ausforschendem Aufnahmen* und der *besonderen Verwendung* gleichermassen auch die *Veröffentlichung von privaten Vorgängen*, die in der Öffentlichkeit stattfinden, wobei sich aber – und dies scheint die *ratio*

zuvor die Zweite zivilrechtliche Abteilung in BGE 129 III 715 bzw. BGE 127 III 481 geäußert, wonach die Verletzung des Rechts am eigenen Bild «im Grundsatz bereits zu bejahen [sei], wenn jemand ohne Zustimmung um seiner Person willen fotografiert oder eine bestehende Aufnahme ohne seine Einwilligung veröffentlicht wird»²³. Dieses, sich letztlich am Konzept der informationellen Selbstbestimmung (und nicht nur informationellen Privatheit) orientierende Recht am eigenen Bild erfährt in der Rechtsprechung des EGMR seine konsequenteste Ausgestaltung, stellt dort doch bereits die zustimmungslose Aufnahme ohne Publikation eine Persönlichkeitsverletzung dar.²⁴

Eine vertiefte eigene Stellungnahme zu dieser Kontroverse würde die Grenzen dieses Beitrags bei weitem sprengen. Unseres Erachtens erheischt aber eine Interessenabwägung (worauf sich im Wesentlichen die fundierte Kritik von AEBI-MÜLLER²⁵ abstützt) nicht zuletzt auch wegen der bereits derzeit kaum mehr überblickbaren Weiterverbreitungs-, Perpetuierungs-,²⁶ Erkennungs- und Verwendungsrisiken der neuen Technik (was das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung auch einfließen lässt²⁷) einen eigenständigen

decidendi – mit den neuen technischen Mitteln (*i.c.* Zoom bei Google Maps) «auch an sich harmlose Informationen, die ohne Weiteres der Öffentlichkeitssphäre zuzurechnen wären, zu eigentlich schützenswerten Persönlichkeitsprofilen verdichten (lassen)». AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 611, bemerkt deshalb (allerdings in Bezug auf BGE 127 III 481 und das Verhältnis zwischen der Sphärentheorie und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung) nicht ganz zu Unrecht, dass das Bundesgericht die «Ansätze wahllos nebeneinander verwendet». Ebenso CHRISTIAN BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB (ohne Beurkundung des Personenstandes), Zürich 2000, Rz. 628.

²³ BGE 129 III 715, 723, sowie BGE 127 III 481, 492.

²⁴ EGMR *Reklos & Davourlis v. Greece*, 1234/05 (2009), Ziff. 38 ff.; vgl. auch FRANZ ZELLER, Das eigene Bild und sein begrenzter Schutz, *digma* 2013, 50; BÄCHLI (Fn. 11), 77 ff. m.w.H., lehnt dies ab. Ebenfalls dezidiert ablehnend, BRÜCKNER (Fn. 22), bei Rz. 629 Fn. 142 m.w.H.

²⁵ AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 595 ff.

²⁶ Exemplarisch der Sachverhalt in EuGH C-131/12 vom 13. Mai 2014 (der Kläger verlangte von Google die Entfernung von Links auf zwölf bzw. sechzehn Jahre (!) alte, ihn betreffende amtliche Publikationen über die Pfändung/Zwangsversteigerung).

²⁷ Vgl. BGE 138 II 346, 360 («Zoom-Funktion», Veröffentlichung im Internet auf Dauer), BGer 5A_256/2016 vom 9. Juni 2016 (Hirschmann II), E. 6.4 («im heutigen Zeitalter der Digitalisierung, in welchem die Medien personenbezogene Informationen in beliebigem Umfang speichern, verknüpfen und reproduzieren können»). Auch AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 594, zweifelt (bei aller Kritik) nicht an, dass wegen der «besonderen Gefahren der EDV in diesem spezifischen Bereich ein weitergehendes «Selbstbestimmungsrecht» (im Sinne der Befugnis, eine bestimmte Datenbearbeitung zu untersagen) erforderlich ist, als im übrigen Privatrechtsverkehr». Ihr Vergleich (in Bezug auf verkäuferseitig gesammelte Daten) mit dem Tante Emma-Laden (Rz. 610), wo der Inhaber auch alle Vorlieben der Kunden kannte, ist durch die technische Entwicklung des Big Data-Zeitalters überrollt worden. Vgl. auch SCHMIDT-GABAIN (Fn. 21), Rz. 2.68, wonach aufgrund der zunehmenden Videoüberwachung und jederzeitigen «Fotografierbarkeit» durch omnipräsente Smartphones das Recht am eigenen Bild gestärkt werden müsse.

absoluten Rechtsanspruch im Sinne eines Herrschaftsrechts²⁸ über das eigene Bild, ohne dass zusätzlich noch eine Tangierung von Persönlichkeitsrechten erforderlich wäre. Eine sinnvolle Eingrenzung der Tatbestandsmässigkeit über das Ausschlusskriterium des Beiwerks bzw. der Identifizierung dürfte zur Abgrenzung gegenüber Bagatellfällen wohl genügen.²⁹ Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die Eigenständigkeit des Anspruchs auf informationelle Selbstbestimmung gerade auch dort Schutz garantieren könnte, wo bereits gezieltes Aufnehmen per se auch ohne Identifizierung je nach den Umständen zivilrechtlich kaum zu dulden ist.³⁰

B. Kinder und das Recht am eigenen Bild

Die Persönlichkeit entsteht mit der Geburt und endet mit dem Tod (Art. 31 Abs. 1 ZGB). Auch das Kind ist somit Subjekt des Persönlichkeitsschutzes.³¹ In Bezug auf das schutzwürdige Interesse von Kleinkindern am eigenen Bild stellen sich allerdings zwei grundlegende, teilweise bereits angeschnittene Fragen.³²

Zum einen kann die Persönlichkeit eines Menschen nach h.L. nur verletzt werden, wenn eine *personenbezogene* Information vorliegt. Ein Foto ist erst dann ein Personenbild im juristischen Sinn, wenn die fotografierte Person für Dritte aufgrund irgend eines Merkmals identifizierbar ist.³³ Erkennbarkeit wird grundsätzlich bejaht,

²⁸ Dezidiert a.M. AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 607 ff.; bemerkenswert ist, dass auch jüngst im BGE 5A_256/2016 vom 9. Juni 2017 (Hirschmann II) in Erw. 6.5 im Kontext von Persönlichkeitsrechten – soweit ersichtlich – zum ersten Mal explizit von einem «Herrschaftsrecht[s], selbst darüber zu bestimmen, von welchen Informationen über sich und sein Leben die Öffentlichkeit erfahren soll» gesprochen wird.

²⁹ Der Hinweis von BRÜCKNER (Fn. 22), bei Rz. 629 Fn. 142, wonach es nichts bringe, die Tatbestandsmässigkeit auszuweiten, um sie «dann auf der anderen Seite mit weitgefassten Rechtfertigungskatalogen wieder auf den Boden der Realität zurückzuholen», trifft zwar zu (vgl. auch AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 597). Angesichts des heutigen Gefahrenpotentials sowie des Schutzzwecks erscheint es aber angemessener, die Schutzgrenze bereits auf der Tatbestandsebene zu ziehen.

³⁰ Auf Youtube zirkulieren zahlreiche Videos über Operationen, in denen die Patienten nicht erkennbar sind. Nach tradiertem Verständnis wären dadurch das Persönlichkeitsrecht und auch das Recht am eigenen Bild nicht tangiert. Angesichts der Intimität der Situation kann es nicht zulässig sein, dass die Ärzte ohne Zustimmung des Patienten die Aufnahmen erstellen (und erst recht nicht in öffentlichen Kanälen weiterverbreiten) dürfen.

³¹ HAAS (Fn. 18), Rz. 54. Gemäss Art. 31 Abs. 2 ZGB ist auch der Nasciturus unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass er lebendig geboren wird. Auch bei der Publikation eines 3-D-Ultraschallbildes in Fotoqualität stellt sich somit grundsätzlich die Frage nach dem Recht am eigenen Bild des noch nicht geborenen Kindes.

³² BÄCHLI (Fn. 11), 72.

³³ Die Lehre greift in diesem Zusammenhang auf die Rechtsfigur des «Durchschnittsadressaten» zurück. Erforderlich ist allerdings nicht, dass die abgebildete Person für Unbekannte identifizierbar ist. In Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung und Lehre soll genügen, dass der Abgebildete

wenn ein Foto die Gesichtszüge einer Person abbildet. Hier hakte die ältere Lehre ein und gab zu bedenken, die Gesichtszüge von Kleinkindern seien noch zu wenig entwickelt, um dem Kriterium der Erkennbarkeit Genüge zu tun. Fehle es an der Erkennbarkeit, so verkörpere ein Foto nicht die Persönlichkeit der abgebildeten Person, weshalb eine Persönlichkeitsverletzung ausgeschlossen sei.³⁴ Diesem Gedanken mag man bei der Publikation eines Baby-Fotos eine gewisse Berechtigung zugestehen. Der überwiegende Teil der Lehre geht jedoch heute davon aus, dass Kinder von Geburt an von Bekannten identifiziert und als einzigartige Wesen erkannt werden und somit durchaus taugliche Objekte von Personenbildern sind.³⁵ Angesichts der atemberaubenden technischen Weiterentwicklung von Gesichtserkennungssoftwares ist zudem nicht auszuschliessen, dass in Zukunft auch Kinderfotos (Jahre später veröffentlichten) Erwachsenenfotos zugeordnet und damit auch individualisiert werden können.³⁶

Zum anderen wird in der Literatur vereinzelt die Frage aufgeworfen, ob Kleinkinder als Träger des Bildnisrechts womöglich deswegen ausscheiden, weil sie nicht urteilsfähig seien und damit ein (nicht ausübbares) Selbstbestimmungsrecht über das eigene Bild per se nicht verletzt werden könne. Urteilsunfähige Personen würden damit gar nicht Träger des Rechts am eigenen Bild sein können.³⁷ Fotos von Klein-

in seinem mehr oder minder grossen Bekanntenkreis erkannt werden kann. Dabei wird betont, dass zum Bekanntenkreis auch jene Personen zu zählen sind, welche die abgebildete Person erst in Zukunft treffen und sich noch an das fragliche Bild erinnern, AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 817; BÄCHLI (Fn. 11), 28 f.; PHILIPPE MEIER/ESTELLE DE LUZE, *Droit des personnes*, Articles 11–89a CC, Bâle 2014, Rz. 633.

³⁴ «Dem Kinde kann noch kein schutzwürdiges Interesse an seinem Bilde zugesprochen werden. Ein schutzwürdiges Gut ist das eigene Bild ja besonders, weil es das Wesen und den Charakter des Menschen verrät. Natürlich zeigt auch das Gesicht eines Kindes, was in seiner Seele vorgeht, was es empfindet. Niemand will behaupten, ein Kind habe kein Innenleben. Doch dieses Innenleben ist bei allen Kindern gleich. Es sind dieselben Probleme, die jedes Kind beschäftigen. Darum sind alle Kinderbildnisse im Ausdruck ähnlich,» WILFRIED LANDWEHR, *Das Recht am eigenen Bild*, Diss. Zürich 1955, 35.

³⁵ BÄCHLI (Fn. 11), 72 m.w.H.; a.M. AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 240, Fn. 644, wonach bei nicht identifizierbaren Kinderfotos gar keine Persönlichkeitsverletzung vorliege.

³⁶ Gemäss Angaben von Facebook und Google liegen die Erfolgsquoten bei ihrer eigenen Erkennungssoftware bei rund 99%, während bei Kindern im Alter von wenigen Tagen bis ca. 3.5 Jahre diese (nur) von 15% auf 60% ansteigt, vgl. dazu LACEY BEST-ROWDEN/YOVAHN HOOLE/ANIL K. JAIN, *Automatic Face Recognition of Newborns, Infants and Toddlers: A Longitudinal Evaluation*, in: Brömme et al. (Hrsg.), *Proceedings of the 15th International Conference of the Biometrics Special Interest Group*, Bonn 2016.

³⁷ BÄCHLI (Fn. 11), 73, stützt seine Überlegungen auf BRÜCKNER (Fn. 22), Rz. 415, und verweist auf ein Ereignis aus dem Jahr 1977, als ein Chefarzt einer Zürcher Klinik Fotos nackter, irreversibel bewusster Patienten machte und diese einer Boulevardzeitung überliess, ohne vorgängig die Zustimmung der Angehörigen einzuholen. Auch wird argumentiert, da Urteilsunfähige kein Empfinden hätten, sei eine Persönlichkeitsverletzung nicht denkbar, vgl. etwa die Meinung von Peter R. Altenburger in einem 2002 verfassten Newsletter zum Recht am eigenen Bild, <http://www.altenburger.ch>.

kindern oder bspw. von Menschen im Koma wären folglich frei zugänglich und auch die gesetzlichen Vertreter würden nichts gegen deren Veröffentlichung durch Dritte unternehmen können.³⁸ Weil dies in ethischer Hinsicht als problematisch betrachtet wird, postulieren die Vertreter dieser Auffassung,³⁹ bei Urteilsunfähigkeit träten «die Menschenwürde und die Interessen der betreffenden Person an ihrem Wohlergehen an die Stelle der Selbstbestimmung.»⁴⁰ Diesem Verständnis kann u.E. nicht gefolgt werden. Die fehlende Möglichkeit, das Selbstbestimmungsrecht auszuüben, hindert Urteilsunfähige nicht, auch Träger dieses Rechts zu sein. Die Massnahmen des Erwachsenenschutzes, welche das Selbstbestimmungsrecht von Urteilsunfähigen stärken sollen, zeigen dies augenfällig. Auch wer gegen den mutmasslichen, hypothetischen oder in einer Patientenverfügung früher geäusserten Selbstbestimmungswillen verstösst, verletzt dessen Persönlichkeit, unabhängig davon, ob der Betroffene zu jener Zeit auch wirklich einen Willen bilden kann. Auch urteilsunfähigen Personen – und damit auch schon Kleinkindern – steht deshalb das Recht am eigenen Bild zu. Aufgrund ihrer Urteilsunfähigkeit brauchen sie allerdings Vertreter, um ihre Rechte wahrzunehmen.⁴¹

C. Absolut oder relativ höchstpersönliches Recht

Die Persönlichkeitsrechte nach Art. 28 ff. ZGB sind höchstpersönliche Rechte, sie stehen den Rechtsgutsträgern «um ihrer Persönlichkeit willen»⁴² zu. Wegen der Nähe zur Persönlichkeit ihres Trägers müssen höchstpersönliche Rechte von der urteilsfähigen Person selbständig ausgeübt werden.⁴³ Urteilsunfähige Minderjährige können nach Art. 19c Abs. 2 ZGB grundsätzlich durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten

burger.ch/uploads/tx_altenburgerteam/gh_2002_Das_Recht_am_eigenen_Bild.pdf, abgerufen am 22. August 2017, 3: «Der Betroffene muss in der Lage sein zu entscheiden, ob er die Handlung als zumutbar betrachtet oder nicht. Dies kann aber ein vollständig Urteilsunfähiger nicht. Begrifflich vertrete ich daher die Ansicht, dass derjenige, der nichts empfindet, keine Persönlichkeitsverletzung erleiden kann.» Dennoch fügt er an «Offen bleibt, ob sich dann hingegen der gesetzliche Vertreter im Interesse des Urteilsunfähigen gegen eine Persönlichkeitsverletzung seines Mündels zur Wehr setzen kann.», was ein Widerspruch darstellt. Ist der Urteilsunfähige nicht Träger des Rechts, kann dieses auch nicht durch den gesetzlichen Vertreter wahrgenommen werden; dahinter verbirgt sich letztlich die begriffliche Vermischung von Rechts- und Handlungsfähigkeit.

³⁸ BÄCHLI (Fn. 11), 73.

³⁹ BRÜCKNER (Fn. 22), Rz. 415; BÄCHLI (Fn. 11), 73.

⁴⁰ BÄCHLI (Fn. 11), 73.

⁴¹ Art. 19c Abs. 2 ZGB.

⁴² Art. 19c Abs. 1 ZGB.

⁴³ Was jedoch nicht zwingend die Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter ausschliesst. So sieht das Gesetz verschiedene Fälle vor, wo die gesetzlichen Vertreter zusätzlich zustimmen müssen (vgl. etwa Art. 90 Abs. 2 ZGB; Art. 260 Abs. 2 ZGB; Art. 183 Abs. 2 ZGB), KuKo-Horitz, Art. 19c ZGB N 4.

werden,⁴⁴ ausser es handelt sich um ein Recht, das besonders eng mit der Persönlichkeit verbunden ist. Diese so genannt absolut höchstpersönlichen Rechte sind vertretungsfeindlich, so dass Urteilsunfähige in diesen Bereichen nicht rechtsfähig sind.⁴⁵ Ob ein Recht relativ oder absolut höchstpersönlich ist, wird *ergebnisorientiert* nach wertenden Gesichtspunkten entschieden.⁴⁶ Im Zentrum steht die Frage, ob es im Interesse der urteilsunfähigen Person liegt, im fraglichen höchstpersönlichen Bereich vertreten werden zu können. Dies wird etwa bejaht beim Gesuch um Namensänderung (Art. 30 ZGB),⁴⁷ bei der Einwilligung in ärztliche Heileingriffe⁴⁸ oder bei Klagen im Bereich der Persönlichkeitsrechte (Art. 28 ZGB).⁴⁹ Wo der Urteilsunfähige im Gegenteil ein Interesse daran hat, dass niemand ausser ihm ein Recht wahrnehmen kann, muss dieses als absolut höchstpersönlich eingestuft werden. Als Beispiele dafür werden das Eingehen einer Ehe (Art. 94 ZGB), das Erstellen einer letztwilligen Verfügung (Art. 467 ZGB) oder die Anerkennung eines Kindes (Art. 252 Abs. 2 ZGB) erwähnt.⁵⁰

Ob das (Selbstbestimmungs-)Recht am eigenen Bild ein relativ höchstpersönliches Recht ist, wird in der Lehre kaum thematisiert.⁵¹ Meist wird nur allgemein darauf hingewiesen, die Geltendmachung von Persönlichkeitsrechten von Urteilsunfähigen gemäss Art. 28 ff. ZGB sei der Vertretung zugänglich.⁵² Ob die Einwilligung in eine Fotopublikation pauschal und damit in allen Fällen relativ höchstpersönlicher Natur ist, erscheint aber durchaus diskutabel. Der Grenzbereich der Vertretungsfähigkeit

⁴⁴ In zahlreichen Fällen ist der gesetzliche Vertreter jedoch angehalten, auch die Meinung des Urteilsunfähigen zu berücksichtigen (Art. 268 Abs. 3, Art. 301 Abs. 2, Art. 401 Abs. 1 ZGB; Art. 21 Abs. 2 HFG [Bundesgesetz über die Forschung am Menschen vom 30. September 2011 (Humanforschungsgesetz, HFG), SR 810.30] etc.).

⁴⁵ Bei der Zuordnung von höchstpersönlichen Rechten zu dieser Gruppe ist darum grundsätzlich Zurückhaltung geboten, Kuko-HOTZ, Art. 19c ZGB N 6 f.; BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, Art. 19c N 4; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 07.24; BK-HEGNAUER, Art. 279 aZGB N 41 ff.

⁴⁶ Für eine ausführliche Kasuistik der relativ bzw. absolut höchstpersönlichen Rechte BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, Art. 19c N 6 ff. Kritisch in Bezug auf die Unterscheidung von relativ und absolut höchstpersönlichen Rechten: MARC THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, Basel/Genf/München 2004, 111.

⁴⁷ BGE 140 III 577; BGER 5A_624/2010 vom 17. März 2011.

⁴⁸ Statt vieler BGE 114 Ia 350, 362.

⁴⁹ BK-BUCHER, Art. 19 ZGB N 230.

⁵⁰ BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, Art. 19c N 6 ff.

⁵¹ GEISER (Fn. 1), 129, bejaht dies in Bezug auf das Recht am eigenen Bild explizit, soweit die (gesetzliche) Vertretungsmacht genüge; ebenso im Ergebnis BÄCHLI (Fn. 11), 73.

⁵² BK-BUCHER, Art. 19 ZGB N 230; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 07.26; PATRICK FASSBIND, Systematik der elterlichen Personensorge in der Schweiz, Basel 2006, 311; MEIER/DE LUZE (Fn. 33), Rz. 571; PAUL-HENRI STEINAUER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014, Rz. 512.

kann auch hier nur wertend und von Extrempositionen ausgehend annäherungsweise abgesteckt werden. In diesem Sinne sollte Vertretungsfeindlichkeit dort angenommen werden, wo das Bild in die Intimsphäre des Kindes eingreift, nicht hingegen, wenn es um Bildmotive aus dem Alltagsleben eines Kindes geht. Stimmen die Eltern eines Kleinkindes der Publikation eines Gruppenbildes zu, auf dem Kindergarten-Kinder beim Spiel auf dem neuen Gemeinde-Spielplatz zu sehen sind, so erscheint die Möglichkeit einer stellvertretenden Einwilligung wenig problematisch.⁵³ Abzulehnen ist sie aber (bereits auf Stufe der Vertretungsfähigkeit und nicht erst der konkreten Reichweite der elterlichen Vertretungsmacht), wenn es um Fotografien geht, bei welchen bspw. die Intimbereiche des Kindes dem Betrachter (detailliert) ausgesetzt sind.⁵⁴ Schwieriger dürfte es eingeständenermassen sein, wenn Fotografien das Kleinkind bspw. nackt im Wasser, auf dem Töpfchen oder als krabbelnden Werbeträger in Windeln zeigen. Man kann sich durchaus fragen, ob solche Aufnahmen nicht zu eng mit der Persönlichkeit verbunden sind, als eine Vertretung möglich sein soll.⁵⁵ Es ist wohl vielmehr im Sinne des Kleinkindes, dass «grenzwertige» Bilder privat bleiben, bis es eines Tages allenfalls selber in deren Publikation einwilligen kann.⁵⁶ Der Oberste Gerichtshof Österreichs kam 2016 gar zum Schluss, dass die Einwilligung in die Veröffentlichung eines Bildes grundsätzlich vertretungsfeindlich sei.⁵⁷

⁵³ Zumal womöglich gar keine Verletzung vorliegt, falls die Kinder nicht erkennbar sind – oder die Veröffentlichung ausnahmsweise gerechtfertigt ist aufgrund des Interesses der Allgemeinheit an der Kenntnisnahme des Ereignisbildes, BÄCHLI (Fn. 11), 108. Vgl. unten IV. D.

⁵⁴ Zu beachten ist, dass die dadurch bewirkte Persönlichkeitsverletzung beispielsweise gerechtfertigt sein kann, wenn die Aufnahme medizinisch-diagnostischen Zwecken dient. Hingegen erscheint es uns durchaus als richtig, dass zum Schutz der Persönlichkeit des Kindes in solchen Fällen die Eltern bereits den Druck auf den Fotoauslöser unterlassen sollten, was doch bereits gängigen ethisch-moralischen Überzeugungen entspricht.

⁵⁵ Dass die Wirkung solcher Fotos nicht unterschätzt werden darf, bestätigt SPENCER ELDEN im Interview mit CNN: Der junge Mann zierte vor über 20 Jahren als Baby das Nirvana-Cover des Albums «Nevermind». Im Interview sagt ELDEN, es sei ihm lange (gegenüber seinen Freunden, die ihn deswegen auch aufzogen) peinlich gewesen, dass er auf dem Cover als nacktes Baby zu sehen sei, vgl. <http://edition.cnn.com/videos/showbiz/2011/09/26/nr-lemon-nirvana-baby-intv.cnn>, abgerufen am 8. Juni 2017.

⁵⁶ Aus ähnlichen Überlegungen ordnet ein Teil der Lehre die Einwilligung in medizinisch nicht indizierte Heileingriffe den absolut höchstpersönlichen Rechten zu. Solange mit der Entscheidung über einen körperlichen Eingriff bis zur Urteilsfähigkeit der betroffenen Person gewartet werden könne, gebe es keinen Grund, die Einwilligung vertretungsweise zu erlauben. Die stellvertretende Einwilligung in rein kosmetische oder in geschlechtszuweisende Operationen ist nach dieser Ansicht ausgeschlossen, KuKo-HOTZ, Art. 19c ZGB N 4; BRÜCKNER (Fn. 22), Rz. 215.

⁵⁷ Urteil Os 176/15v des Obersten Gerichtshofs von Österreich (OGH) vom 13. Januar 2016: Ein zehnjähriges (autistisches) Kind war aus einem Fenster eines Kinderheims gefallen und zog sich schwere Verletzungen zu. Die Mutter wollte die ungenügende Sorgfalt des Kindesheims anprangern und überliess einer Boulevardzeitung eine Fotografie der (verletzten) Tochter, welche bei der Publikation nur leicht verpixelt war und welche mit den restlichen Angaben im Zeitungsartikel eine Identifikation ermöglichte. Vgl. auch (zur österreichischen Rechtslage) CONSTANZE SEISS/KATHARINA

III. Persönlichkeitsverletzung durch Veröffentlichung von Bildern

A. Allgemeines

Sofern der herrschenden Meinung gefolgt wird, wonach die Verletzung des Rechts am Bild kein eigenständiges Recht darstellt, muss stets geprüft werden, «ob die Bildnisnahme, deren Reproduktion oder Weiterverbreitung konkrete Interessen des Betroffenen [sprich Persönlichkeitsrechte] verletzt».⁵⁸

Dabei ist zu beachten, dass nicht jede Beeinträchtigung der Persönlichkeit rechtlich relevant ist. Vielmehr muss die *Verletzung eine gewisse Intensität* aufweisen, um als verpöntes Eindringen in die Persönlichkeitssphäre des anderen qualifiziert zu werden.⁵⁹ Ob eine rechtlich relevante Verletzung vorliegt, ist nach einem objektiven Massstab zu würdigen. Die subjektive Empfindlichkeit der betroffenen Person spielt grundsätzlich keine Rolle.⁶⁰

Eine Verletzung des *Rechts am eigenen Bild* bejaht das Bundesgericht, «wenn jemand ohne seine Zustimmung um seiner Person willen fotografiert oder eine bestehende Aufnahme ohne seine Einwilligung veröffentlicht wird.»⁶¹ Allerdings dürfte die Persönlichkeit mit der Aufnahme allein in den meisten Fällen noch nicht verletzt, sondern erst *gefährdet* sein.⁶² Die *Veröffentlichung*, um welche es hier geht, stellt hingegen regelmässig eine Persönlichkeitsverletzung dar.⁶³

RAABE-STUPPNIG, Kinder und ihre Persönlichkeitsrechte im Internet, Zeitschrift für Informationsrecht, 2014, 100 ff., 101 f.

⁵⁸ AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 823, 823 ff., m.w.H.; siehe auch SCHMIDT-GABAIN (Fn. 21), Rz. 2.62.

⁵⁹ Andernfalls liegt nur «Betroffenheit» vor, HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 15.12, 15.17.

⁶⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 12.07.

⁶¹ BGE 129 III 715, 723 sowie BGE 127 III 481, 492, mit Verweis auf BRÜCKNER (Fn. 22), Rz. 628 ff. Vgl. oben II. A. bzw. Fn. 23.

⁶² Solange jemand das Porträt einer Person ohne deren Zustimmung zuhause aufstellt oder bloss Freunden zeigt, sei möglicherweise deren Ehre oder Privatsphäre beeinträchtigt; unter dem Gesichtspunkt des Rechts am eigenen Bild sei dies jedoch noch nicht zu beanstanden, BÄCHLI (Fn. 11), 81. Die Aufnahme allein verletzt das Recht am eigenen Bild nach dieser Ansicht allenfalls dann, wenn die abgebildete Person aus kulturellen oder religiösen Beweggründen nicht fotografiert werden will, HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 13.29.

⁶³ Der vorliegende Aufsatz fokussiert auf die Tathandlung der *Veröffentlichung*. Das Recht am eigenen Bild kann nach h.L. jedoch auch durch die *Verbreitung* von Personenbildern verletzt werden, d.h. durch die körperliche Weitergabe eines Personenbildes. Mit BÄCHLI (Fn. 11), 85, ist allerdings festzuhalten, dass das Verletzungspotential einer Weitergabe erst gegeben ist, wenn «der Bildbesitzer das Geschehen aus der Hand gibt, und der Abgebildete damit den Blicken eines unkontrollierbaren Kreises von Personen ausgeliefert wird.»

Eine *Veröffentlichung* liegt nach h.L. vor, sobald das Bild ausserhalb eines Kreises unter sich eng verbundener Personen einer grösseren Anzahl von Menschen zugänglich gemacht wird.⁶⁴ Eine «grössere Anzahl» von Menschen ist dann gegeben, wenn die Person, welche das Bild publiziert, den Kreis der potentiellen Betrachter nicht mehr kontrollieren kann. Irrelevant ist, ob das Publikum das Bild tatsächlich zur Kenntnis nimmt.

Die Veröffentlichung eines Bildes kann die Persönlichkeitsrechte einer Person nach vorherrschender Meinung nur verletzen, sofern diese *erkennbar* ist.⁶⁵ Die Lehre verneinte jedoch eine Persönlichkeitsverletzung, sofern die abgebildete Person zwar erkennbar, jedoch «sozusagen Teil der Landschaft, der Umgebung oder des Ereignisses» war.⁶⁶ Der Google Street View-Entscheid des Bundesgerichts deutet in eine andere Richtung, wird doch ausgeführt, dass eine Persönlichkeitsverletzung auch vorliegen könne, wenn die abgebildete Person nur «Beiwerk» oder «Staffage» sei.⁶⁷ Als Argument führte es an, die vom Google-Auto fotografierten Personen könnten mittels Zoom-Funktion derart vergrössert werden, dass sie nicht mehr als untergeordneter Teil eines belebten Strassenbildes erschienen. Die Tragweite des im Kontext des Datenschutzes ergangenen Entscheids für den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz ist umstritten.⁶⁸ Das Urteil dürfte aber zweifellos den Schutz am eigenen Bild insofern stärken, als heute in jedem einzelnen Fall eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse am Schutz des eigenen Bildes und dem Interesse an der Verwendung des Bildes eines anderen im Vordergrund der rechtlichen Beurteilung steht⁶⁹ und die Art der Bildkomposition an Bedeutung verliert. Zu fordern ist, dass die rechtfertigenden

⁶⁴ GEISER (Fn. 1), 41; BÄCHLI (Fn. 11), 82 mit Verweis auf LANDWEHR (Fn. 34), 44.

⁶⁵ Vgl. oben II. B.

⁶⁶ BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 20. Die Kategorie «Personen als Beiwerk» hat die schweizerische Lehre dem deutschen Recht entlehnt, BÄCHLI (Fn. 11), 107. Soweit ersichtlich existieren bis zum Google Street View-Urteil keine publizierten Urteile, in denen das Staffage-Kriterium thematisiert worden wäre.

⁶⁷ BGE 138 II 346, 360. Gl.M. bereits BÄCHLI (Fn. 11), 107 f.: «Soweit der Abgebildete auf dem Bild erkennbar ist, kann diesem ein Rechtsschutzinteresse an einem Veröffentlichungsverbot nicht generell abgesprochen werden. Eine Persönlichkeitsverletzung ist deshalb auch bei der Veröffentlichung eines Bildes gegeben, bei dem der Abgebildete als «Beiwerk» erscheint. Die Problematik der Staffage kann im schweizerischen Recht deshalb nur über eine Interessenabwägung gelöst werden, bei der das Interesse des Abgebildeten an der Nichtveröffentlichung seines Abbildes dem Interesse der Allgemeinheit an der Kenntnisnahme des Ereignisbildes gegenübergestellt werden muss. Die Staffage ist mit anderen Worten nicht anders zu behandeln als jede Veröffentlichung von Personenbildern, bei der sich im Einzelfall die Frage nach einem Rechtfertigungsgrund stellen kann.» A.M. MEIER/DE LUZE (Fn. 33), Rz. 634.

⁶⁸ Vgl. oben BHEND (Fn. 21), 701 f.; vgl. auch LUKAS BÜHLMANN, 1 %-Fehlerquote bei Anonymisierung der Bilder auf Google Street View ist zulässig, dRSK, 15. August 2012, Rz. 17 ff.

⁶⁹ Überzeugend SCHMIDT-GABAIN (Fn. 21), Rz. 2.68.

Interessen umso höher sein müssen, je besser die betroffene Person erkennbar ist bzw. sie den eigentlichen Blickfang der Abbildung darstellt.⁷⁰

B. Veröffentlichung in sozialen Netzwerken (am Beispiel Facebook)

Soziale Netzwerke bieten den Mitgliedern die Möglichkeit, sich mit einem eigenen *Profil* im Netz zu präsentieren.⁷¹ Gewissermassen Aushängeschilder des persönlichen Profils sind bei Facebook Titelbild und Profilfoto; angereichert werden diese mit Namen, Geburtstag, beruflichem Werdegang, weiteren Fotos und dem Beziehungsstatus. Ebenso wichtig wie die Präsentation im Netz ist die Interaktion mit anderen Nutzern. Facebook ermöglicht das Teilen von Inhalten und will so nach eigenem Bekunden die Welt vernetzen.⁷² Einer Studie zufolge hat der durchschnittliche Facebook-Nutzer 342 digitale Freunde.⁷³ Der Freundschaftsstatus verleiht je nach Benutzereinstellungen des digitalen Freundes erweiterte Einsichtsmöglichkeiten in dessen Profil. Standardmässig kann jeder beliebige Nutzer des Netzwerks die persönlichen Daten einer Person einsehen oder teilen. Wer keine Änderungen an den Einstellungen vornimmt, gibt seine Informationen somit einer unkontrollierbar grossen «Community» von Facebook-Nutzern frei. Eine Veröffentlichung im oben definierten Sinn liegt somit zweifellos vor. Wer den Zugang zum eigenen Profil einschränken will, muss die Einstellungen verändern. So wird etwa empfohlen, nur Facebook-Freunden oder «Freunden von Freunden» Zugriff auf die eigenen Einträge zu gewähren und die Facebook-Freunde wiederum in Listen aufzuteilen, um Fotos und Informationen gezielt an bestimmte Personengruppen zu schicken. Ein gewisser Schutz der Privatsphäre ist also mit spezifischen Einstellungen gewährleistet.⁷⁴ Wer seine Privatsphäre schützen und die eigenen Daten nur einer begrenzten Öffentlichkeit freigeben will, muss dazu jedoch aktiv werden und über das nötige Know-how

⁷⁰ So bereits BÄCHLI (Fn. 11), 109; wie dabei die Zoomfunktion verstärkend wirken kann, zeigen jüngste Presse- bzw. Twittermeldungen (unter dem Hashtag #EyebrowGate), welche «die Dame mit den Augenbrauen» im Hintergrund einer Fotografie einer Pressekonferenz des US-Präsidenten Donald Trump in den öffentlichen Fokus gezerzt hat.

⁷¹ Für eingehendere Informationen zum Funktionieren der sozialen Netzwerke vgl. VETTER (Fn. 4), 128.

⁷² Vgl. Datenrichtlinie von Facebook, <https://de-de.facebook.com/privacy/explanation>, abgerufen am 8. Juni 2017.

⁷³ <http://blog.stephenwolfram.com/2013/04/data-science-of-the-facebook-world/>, abgerufen am 9. Juni 2017.

⁷⁴ Vgl. etwa http://praxistipps.chip.de/datenschutz-bei-facebook-die-besten-3-tipps_9581, abgerufen am 8. Juni 2017. Die Verbreitung der persönlichen Daten erfolgt aber auch in diesem Fall nur beschränkt kontrolliert. Teilt ein Vater bspw. ein Foto seiner kleinen Tochter und kommentiert einer seiner digitalen Freunde das Bild, so sehen wiederum auch dessen Freunde Kommentar und Foto.

verfügen.⁷⁵ Aufgrund der oben angeführten Definition der Veröffentlichung ist klar, dass auch das Teilen mit wenigen Facebook-Freunden und der damit verbundenen Unkontrollierbarkeit eine Veröffentlichung darstellt.⁷⁶

Eine weitere Besonderheit neben dem weitgehend unkontrollierbaren Schneeballeffekt einer Publikation in den sozialen Medien ist die zeitliche Dimension der Veröffentlichung. Wer sich im Netz bewegt, hinterlässt dauerhaft Spuren. Sind die Daten einmal im Netz, können sie beliebig vervielfältigt und daher kaum mehr vollständig gelöscht werden.⁷⁷ Ausserdem behält sich Facebook in der Datenrichtlinie explizit das Recht vor, die Informationen in ihrem Sinne und ohne Benachrichtigung zu verwenden.⁷⁸ Dass Bilder aus den sozialen Medien faktisch nicht mehr entfernt werden können, ist den wenigsten Usern bewusst.⁷⁹ In Bezug auf Fotos von Kleinkindern steht somit fest, dass diese auch dann noch abrufbar sein werden, wenn das abgebildete Kind längst urteilsfähig bzw. volljährig ist. Dies lässt den Umstand, dass die Kinder nicht selber in die Veröffentlichung ihrer Bilder einwilligen konnten, umso heikler erscheinen, auch wenn nach Volljährigkeit die Kinder die Einwilligung widerrufen könnten.

C. Besondere Schutzwürdigkeit von Kindern

Kinder sind hinsichtlich ihrer Persönlichkeitsrechte besonders schutzbedürftig und geniessen auch expliziten grundrechtlichen Schutz (Art. 11 BV). Eingriffe in ihr Persönlichkeitsrecht können schwerwiegende Verletzungen nach sich ziehen, weil sie sich erst zu eigenverantwortlichen Personen entwickeln müssen. Ihre Persönlichkeitsentwicklung kann daher grundsätzlich leichter und nachhaltiger gestört werden als die von Erwachsenen.⁸⁰

⁷⁵ Daran wird es in der Praxis häufig fehlen. Kommt dazu, dass die meisten User wohl bewusst gerade das Gegenteil anstreben: Sie wollen sich – ganz im Sinne der Facebook-«Philosophie» – mit möglichst Vielen vernetzen und Inhalte tauschen.

⁷⁶ GL.M. SEISS/RAABE-STUPPNIG (Fn. 57), 100.

⁷⁷ Informationsschreiben des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB): Datenschutztipps für junge Eltern, <https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00683/00697/01328/index.html?lang=de>, abgerufen am 8. Juni 2017.

⁷⁸ <https://de-de.facebook.com/privacy/explanation>, abgerufen am 8. Juni 2017.

⁷⁹ SANDRA HUSI-STÄMPFLI/KATRIN GISLER, «Und cheese!»: Fotos auf Schulhomepages, *digma* 2015, 156. Viele Nutzer verkannten, dass Fotos, die von Dritten geteilt wurden, trotz Löschung immer wieder auftauchen könnten.

⁸⁰ GÖTTING/SCHERTZ/SEITZ (Hrsg.), *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, München 2008, § 36 Rz. 9 f.

Dass die Kontrolle über die Selbstdarstellung mittels Bildern ein zentrales Element einer positiven Persönlichkeitsentwicklung ist,⁸¹ scheint eine neue medienwissenschaftliche Studie zu belegen.⁸² Die Befragung von 24 11–12-jährigen Kindern hinsichtlich ihres Umgangs und ihrer Erfahrungen mit Bildern im Netz hat u.a. gezeigt, dass die meisten Kinder informiert sein wollen, wenn ihre Eltern Fotos von ihnen auf soziale Medien hochladen. Die Kinder betonen in den Interviews, dass ihnen die Mitsprache wichtig sei und beklagen sich, wenn sie davon abgehalten werden. Viele Eltern veröffentlichen offenbar Bilder, ohne diese den Kindern gezeigt oder sie um Erlaubnis gebeten zu haben.⁸³

D. Schutzwürdigkeit je nach Fotosujet?

Wie weiter oben dargelegt ist die Veröffentlichung eines Personenbildes widerrechtlich, wenn sie nicht ausnahmsweise gerechtfertigt ist (z.B. durch die Einwilligung der abgebildeten Person). Wie die Person auf dem Foto genau gezeigt wird, ist grundsätzlich unerheblich. Allerdings könnte im Rahmen einer Interessenabwägung bei der Rechtfertigungsfrage die Art und Weise der Abbildung von Relevanz sein. Unproblematisch ist vor diesem Hintergrund nur die Publikation von Kinderfotos, auf denen die Kinder nicht erkennbar sind, weil sie bspw. von hinten oder aus der Ferne abgebildet sind oder weil ihr Gesicht bewusst verpixelt wurde.

Bereits die vermeintlich harmlose Publikation eines Babyfotos in der Neugeborenen-Galerie eines Spitals oder in der Lokalzeitung ist jedoch nach dem oben Gesagten geeignet, das Recht des Kindes am eigenen Bild zu verletzen. Wird zusätzlich zum Bild der Name publiziert, ist das Recht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung erst recht tangiert.⁸⁴ Der eidgenössische Datenschutzbeauftragte ermahnt deshalb Eltern zum zurückhaltenden Umgang mit Personendaten ihres Kindes, da Adresshändler gezielt nach solchen Informationen suchten, um sie kommerziell zu nutzen.⁸⁵ Auch die Veröffentlichung eines elterlichen «Selfies», das die Kleinkinder

⁸¹ SANDRA HUSI-STÄMPFLI, DSGVO: Schützt die kleinen Technik-Nerds!, *digma* 2017, 28.

⁸² AUTENRIETH/BIZZARRI/LÜTZEL (Fn. 3), 106.

⁸³ AUTENRIETH/BIZZARRI/LÜTZEL (Fn. 3), 105 f., berichten, der 12-jährige Andreas störe sich bspw. an einem Foto, das ihn zeige, wie er als Kleinkind zum ersten Mal auf das WC ging, und die 12-jährige Valentina würde es nicht mögen, wenn ihre Mutter sie beim Tanzen fotografiere und die Aufnahmen dann auf dem elterlichen Facebook-Account veröffentliche (sie scheint insbesondere negative Kommentare zu fürchten).

⁸⁴ Mit informationeller Selbstbestimmung ist gemeint, dass jedem Einzelnen die Herrschaft über seine personenbezogenen Informationen zukommt. Die informationelle Selbstbestimmung wird nicht nur durch Art. 28 ZGB, sondern v.a. auch durch das Datenschutzgesetz geschützt, HAAS (Fn. 18), Rz. 49.

⁸⁵ Informationsschreiben des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Fn. 77).

nur im Hintergrund als «Beiwerk», jedoch deutlich erkennbar zeigt, verletzt nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts⁸⁶ deren Recht am eigenen Bild, sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Persönlichkeitsrechtlich besonders heikel sind schliesslich Fotos, auf denen Kinder nicht nur eindeutig erkennbar sind, sondern in das Schamgefühl verletzenden (selbstverständlich erst recht intimen) oder anderweitig peinlichen Situationen⁸⁷ gezeigt werden, welche auch das spätere Risiko der Cybermobbing-Verwendung erhöhen.

IV. Rechtswidrigkeit

A. Allgemeines

Das Recht am eigenen Bild verleiht keine absolute Selbstbestimmung über die Verwendung von eigenen Bildern; die Rechtsordnung verbietet nicht jede Verletzung eines Persönlichkeitsrechts.⁸⁸ Die Ansprüche des Verletzten bestehen nach Art. 28 Abs. 1 ZGB nur, wenn die Verletzung *widerrechtlich* ist.⁸⁹ Nach Art. 28 Abs. 2 ZGB ist jede Persönlichkeitsverletzung widerrechtlich, sofern nicht einer der im Gesetz genannten Rechtfertigungsgründe vorliegt. Das ZGB nennt explizit die Einwilligung des Verletzten, überwiegendes privates oder öffentliches Interesse und «Gesetz». Im Folgenden soll erörtert werden, auf welchen Rechtfertigungsgrund sich Eltern bei der Veröffentlichung von Bildern ihrer Kleinkinder allenfalls stützen könnten.

B. Rechtfertigende Einwilligung durch das Kind

Die Einwilligung in die Verletzung des Rechts am eigenen Bild kommt in der Praxis häufig vor.⁹⁰ Sie kann – wie jede Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung –

⁸⁶ BGE 138 II 346, 360 (Google Street View), vgl. oben III. A.

⁸⁷ So gehen regelmässig Fotos und Videos mit Missgeschicken von Kleinkindern viral, was von Presseerzeugnissen (in teilweise expliziten Viral-Ressorts) weiterverbreitet wird. Hier wird ganz bewusst auf beispielhafte Links verzichtet, um der Verbreitung nicht noch mehr Vorschub zu leisten.

⁸⁸ Statt vieler GEISER (Fn. 1), 110.

⁸⁹ Nicht erforderlich ist ein Verschulden des Verletzers, HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 12.09.

⁹⁰ Ein Schauspieler, der sich an Dreharbeiten beteiligt, willigt in die Veröffentlichung seines Bilds ein; wer ein Foto auf Facebook hochlädt, willigt konkludent ein, dass dieses Foto von anderen Facebook-Nutzern geteilt und auf diese Weise weiterverbreitet wird. Mit dem Upload auf das soziale Netzwerk willigt die Person jedoch nicht zwingend in jede weitere Veröffentlichung – z.B. in einem traditionellen Medium wie einer Zeitung – ein.

ausdrücklich oder stillschweigend,⁹¹ im Voraus oder auch nachträglich erfolgen und ist nur gültig, wenn sie ein Rechtsgut betrifft, über das der Träger tatsächlich verfügen kann. Ausserdem entfällt die Widerrechtlichkeit einer Verletzungshandlung nur, wenn die Einwilligung freiwillig und irrtumsfrei erfolgte und hinsichtlich des zu veröffentlichenden Bildes als auch des Verwendungszwecks genügend konkret ist.⁹² Einwilligungsfähig ist schliesslich nur, wer genügend informiert und in Bezug auf die fragliche Entscheidung urteilsfähig ist, d.h., die Bedeutung und Tragweite des anstehenden Entscheids abschätzen kann.⁹³

Aufgrund der Omnipräsenz von Smartphones mit Kamerafunktion sind sich Kinder bereits sehr früh gewohnt, von Eltern fotografiert zu werden, und können erkennen, dass damit Fotografien angefertigt werden, auf denen sie sich sehen können. Entsprechend ist bereits bei zwei- bis dreijährigen Kindern zu beobachten, dass sie sich entweder beim Fotografieren zieren oder im Gegenteil stolz posieren. Dabei ist zu beachten, dass bereits grundsätzlich für die notwendige Urteilsfähigkeit für die *Erteilung* einer Einwilligung strengere Voraussetzungen gelten als bei einer Einwilligungsverweigerung.⁹⁴ Während schon sehr kleine Kinder ihr Schamgefühl und ihren Widerwillen fotografiert zu werden rechtlich verbindlich manifestieren und artikulieren können, sind in Bezug auf die rechtfertigende Einwilligung hohe Hürden anzusetzen. Insbesondere Eingriffe in Rechte der sozialen Persönlichkeit und auch das Recht am eigenen Bild und den damit verbundenen Konsequenzen erfordern ein hohes Mass an Denkvermögen,⁹⁵ wobei die Anforderungen tiefer sein dürften, wenn es um eine Fotografie in einer Schülerzeitung geht, als bei einer Veröffentlichung im Internet mit den damit verbundenen Reproduktions- und Perpetuierungsrisiken.⁹⁶ U.E. ist deshalb die diesbezügliche Urteilsfähigkeit bei Social Media erst bei rund 14 Jahren anzusiedeln.⁹⁷

⁹¹ HAAS (Fn. 18), Rz. 234 bzw. 397.

⁹² BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 46 ff.; HAAS (Fn. 18), Rz. 260; CR-JEANDIN, Art. 28 ZGB N 74 f.

⁹³ Ob ein Minderjähriger selber in eine Persönlichkeitsverletzung einwilligen kann, muss von Fall zu Fall beurteilt werden, da die Urteilsfähigkeit stark von der persönlichen Entwicklung des Kindes abhängt. Nach HAAS (Fn. 18), Rz. 302 ff., sind die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit punkto Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung tendenziell hoch.

⁹⁴ GEISER (Fn. 1), 127; HAAS (Fn. 18), Rz. 277.

⁹⁵ HAAS (Fn. 18), Rz. 291.

⁹⁶ HAAS (Fn. 18), Rz. 304, nennt u.a. als Beispiel für Urteilsfähigkeit bei 10–16-Jährigen die Aufnahme eines Fotos für eine Zeitung, betont aber an gleicher Stelle (allgemein und nicht bezogen auf dieses Beispiel), die Faustregel gelte nicht mehr, wenn es um schwieriger nachzuvollziehende Schutzgehalte wie Privatsphäre gehe. Vgl. auch HUSI-STÄMPFLI/GISLER (Fn. 79), 157, welche in Bezug auf Oberstufenschüler (12 Jahre alt) von Urteilsfähigkeit hinsichtlich (Gruppen?)Fotos auf Schulhomepages ausgehen.

⁹⁷ Vgl. auch die Hinweise bei HUSI-STÄMPFLI (Fn. 81), 29, auf Art. 8 der EU-Datenschutzgrundverordnung (Verordnung [EU] 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April

C. Rechtfertigende Einwilligung durch die Eltern

Kleinkinder können demnach nicht gültig in die Verletzung ihres Rechts am eigenen Bild einwilligen. Die h.L. geht jedoch davon aus, dass die Einwilligung in die Verletzung eines Persönlichkeitsrechts relativ höchstpersönlicher Natur ist und somit eine stellvertretende Einwilligung durch die Eltern möglich ist.⁹⁸ Nach dieser Auffassung dürfen und müssen die Eltern als gesetzliche Vertreter entscheiden, wenn sie bspw. von der Kindergartenlehrperson angefragt werden, ob die Gemeindezeitung Fotos des neu gebauten Kindergartens samt spielenden Kindern abdrucken darf.

Doch der Vertretungsbefugnis der Sorgeberechtigten sind noch weitere Grenzen gesetzt. So darf der gesetzliche Vertreter die Einwilligung nur erteilen, wenn diese im Hinblick auf das wohlverstandene Interesse des Vertretenen geboten erscheint.⁹⁹ Auch die Vertretungsmacht der Sorgeberechtigten nach Art. 304 Abs. 1 ZGB besteht deshalb nur im Umfang der elterlichen Sorge,¹⁰⁰ wobei deren Ausübung durch das Kindeswohl und die Persönlichkeitsrechte des Kindes begrenzt ist.¹⁰¹ Die Sorgeberechtigten besitzen dem Grundsatz nach ein Interpretationsprimat, was im Einzelfall dem Kindeswohl und den Persönlichkeitsrechten des Kindes entspricht,¹⁰² wobei lediglich unerhebliche Persönlichkeitsverletzungen noch durch das Sorgerecht gedeckt werden können.¹⁰³ Die elterliche Zustimmung zur Verwendung von Kinder-Fotografien zu Werbezwecken ohne jeglichen persönlichkeitsbezogenen Vorteil für das Kind sei deshalb unwirksam.¹⁰⁴ Zudem entfällt die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters gemäss Art. 306 Abs. 3 ZGB von Gesetzes wegen, wenn er in einer Angelegenheit lediglich *eigene Interessen verfolgt*, die sich nicht mit denjeni-

2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG), wonach bei Kindern eine Einwilligungsgrenze von 16 Jahren gilt, die von den Mitgliedstaaten nicht unter 13 Jahre gesenkt werden darf.

⁹⁸ Statt vieler HAAS (Fn. 18), Rz. 339; GEISER (Fn. 1), 129; bei heiklen, die Intimsphäre berührenden Fotos ist u.U. Vertretungsfeindlichkeit anzunehmen, vgl. oben II. C.; kategorisch eine vertretungsweise Einwilligung in Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB ausschliessend, BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 304/305 N 6.

⁹⁹ BGE 114 Ia 350 ff.

¹⁰⁰ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 304/305 N 4.

¹⁰¹ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 301 N 2.

¹⁰² Zum Interpretationsprimat grundlegend FASSBIND (Fn. 52), 112 ff.

¹⁰³ FASSBIND (Fn. 52), 310.

¹⁰⁴ GEISER (Fn. 1), 129, wobei er anmerkt, bei fehlender Identifizierung liege keine Persönlichkeitsverletzung vor. BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 304/305 N 6, lehnen die Einwilligungsmöglichkeit der Eltern bei Werbung mit Kindern ab.

gen des Vertretenen decken.¹⁰⁵ Eine direkte Interessenkollision liegt namentlich beim Selbstkontrahieren vor.¹⁰⁶

Wenn Eltern Fotos ihrer Kleinkinder auf soziale Netzwerke hochladen, dürfte dies im Regelfall nicht durch die elterliche Sorge gedeckt sein und auch eine Interessenkollision vorliegen. Mit der Veröffentlichung von Kinderfotos geht es den Eltern nicht wie bspw. bei der Einwilligung in einen medizinischen Heileingriff um das Wohl ihrer Kinder, sondern sie präsentieren sich vielmehr selber und erzeugen mit den Bildern ihres niedlichen Nachwuchses Aufmerksamkeit für die eigene Person. Das Kleinkind hat keinerlei Vorteile, dass Fotos von ihm in den Social Media veröffentlicht werden. Im Gegenteil: Gewisse Fotosujets, die zunehmende Anzahl hochgeladener Fotos und jede zusätzliche Information vergrössern für Minderjährige die Gefahr, früher oder später Opfer von Cybermobbing¹⁰⁷ oder von Cybergrooming¹⁰⁸ zu werden. Die Veröffentlichung dient nicht dem Kindeswohl und ist damit nicht mehr von der elterlichen Sorge und dem damit verbundenen Vertretungsrecht gedeckt.

Es stellt sich sogar die berechtigte Frage, ob die elterliche Sorge nicht gerade gebietet, das Hochladen von Kinderfotografien in den Social Media zu verhindern. So hat ein portugiesisches Obergericht 2015 in einem wegweisenden Urteil festgehalten, die Veröffentlichung von Kinderfotos und sonstigen Informationen auf sozialen Netzwerken zu unterlassen sei ein immanenter Teil der elterlichen Sorge.¹⁰⁹ Eltern von Minderjährigen hätten die Pflicht, ihre Kinder zu schützen und die Rechte ihrer Kinder zu gewährleisten. Da die Veröffentlichung von Bildern Minderjähriger im Internet Gefahren von sexuellem Missbrauch und Ausbeutung berge, sei diese Unterlassungsverpflichtung geeignet und verhältnismässig zur Wahrung des Schutzes der Privatsphäre und der Kindersicherheit. Die Wahrung der Kinderinteressen rechtfertige den Eingriff in die Meinungsfreiheit und die Einmischung des Staates in die Erziehung der Eltern.¹¹⁰

¹⁰⁵ Hauptfälle solcher Interessenkollisionen sind erbrechtliche Auseinandersetzungen oder Klagen auf Unterhalt, KuKo-Cantieni/Vetterli, Art. 304 ZGB N 1; BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 306 N 5.

¹⁰⁶ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 306 N 4.

¹⁰⁷ Cybermobbing ist eines der aktuellsten Alltagsprobleme von Kindern und Jugendlichen. Jedes vierte Kind soll in den sozialen Netzwerken schikaniert, erniedrigt, bedroht oder blossgestellt werden. Die Stiftung Elternsein hat deshalb eine Sensibilisierungskampagne zum Thema lanciert, <https://www.youtube.com/watch?v=8nemGvhGU-0>, abgerufen am 11. Juni 2017.

¹⁰⁸ Cybergrooming liegt vor, wenn Pädophile gezielt über das Internet Minderjährige ansprechen, um sexuelle Kontakte anzubahnen, <https://www.schau-hin.info/extrathemen/cybergrooming.html>, abgerufen am 11. Juni 2017; Vetter (Fn. 4), 131 f.

¹⁰⁹ Entscheidung 789/13.7TMSTB-B.E1 des zweitinstanzlichen Gerichts von Évora vom 25. Juni 2015, kommentiert durch SOFIA FILGUEIRAS, (dt.) Zeitschrift für Datenschutz 2016, 227 f. Das Urteil fiel im Rahmen eines Scheidungsprozesses und des damit einhergehenden Streits um das Sorgerecht der 12-jährigen Tochter.

¹¹⁰ Das Urteil soll für viel Unmut gesorgt haben, da viele Eltern darin eine paternalistische Einmischung des Staates in eine private Angelegenheit sahen, FILGUEIRAS (Fn. 109), 227 f.

Selbst wenn eine Vertretungsmacht über die elterliche Sorge bejaht würde, läge eine Interessenskollision vor. Weil der gesetzliche Vertreter selbst die Kinderfotos veröffentlicht, also zugleich Verletzer und für das Kind Einwilligender ist, liegt nämlich auch eine Art von *Selbstkontrahierung* vor, womit die gesetzliche Vertretungsmacht von Gesetzes wegen entfällt und die Einwilligung keine rechtfertigende Wirkung entfaltet.

Zwei weitere Aspekte unterstreichen die bisherigen Überlegungen, dass eine rechtfertigende Einwilligung durch die Eltern erheblichen Bedenken unterliegt. Zum einen dürfte die elterliche Vertretung insofern begrenzt sein, als die dadurch ausgelösten (an sich persönlichkeitsverletzenden) Folgen über den Eintritt der Volljährigkeit hinauswirken.¹¹¹ Die Einwilligung in die Publikation von Facebook-Fotos erweist sich deshalb als problematisch, da die Bilder kaum mehr zu löschen sind und somit auch noch zu sehen sein werden, wenn das Kind längst urteilsfähig bzw. volljährig ist.¹¹² Zum anderen ist zu bedenken, dass – wie bereits erwähnt – in Bezug auf eine *ablehnende* Haltung des Kindes bezüglich des Fotografierens (was dann auch für die Veröffentlichung gelten muss) keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Wird Urteilsfähigkeit angenommen, dann schliesst dies ein Vertretungshandeln der Eltern aus, aber auch sonst haben die Eltern bei der Ausübung ihres Sorgerechts und damit auch ihres Vertretungshandelns die Meinung des Kindes zu berücksichtigen,¹¹³ Eine rechtfertigende Einwilligung gegen den manifestierten Willen des Kindes kann somit nicht leichtfertig angenommen werden.

D. Rechtfertigung aufgrund überwiegender Interessen

Ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist rechtmässig, wenn er in angemessener Wahrung höherer Interessen erfolgt. Der Entscheid über die Widerrechtlichkeit hängt somit auch von einer Abwägung der einander gegenüberstehenden Güter oder Interessen ab.¹¹⁴ Ein *überwiegendes Interesse* liegt dann vor, wenn der Vorteil,

¹¹¹ Vgl. BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 304/305 N 9, welche diese Grenze in Bezug auf rechtsgeschäftliche Vertretung mit finanziellen Konsequenzen über die Volljährigkeit hinaus postulieren.

¹¹² Hinzu kommt, dass eine Einwilligung grundsätzlich jederzeit widerrufen werden kann (vgl. statt vieler HAAS [Fn. 18], Rz. 540 ff. m.w.H.), womit dem Kind nach Erreichen der Volljährigkeit offen stehen müsste, die Einwilligung zu widerrufen und die Entfernung der Fotografien zu verlangen. Wegen des Verbreitungsrisikos dürfte das Aufspüren dieser Fotos aber unrealistisch sein und das Widerrufsrecht damit faktisch verunmöglicht werden.

¹¹³ Nach Art. 301 Abs. 2 ZGB gilt dies bei wichtigen Angelegenheiten, wozu Persönlichkeitsverletzungen zweifellos gehören dürften.

¹¹⁴ BGE 101 II 177, 197.

den jemand aus der Persönlichkeitsverletzung einer anderen Person zieht, wichtiger erscheint als das Opfer, das dieser Person dadurch auferlegt wird.¹¹⁵

Der Rechtfertigungsgrund der Wahrung höherer *öffentlicher Interessen* ist v.a. im Bereich der Medien zentral.¹¹⁶ In Bezug auf das vorliegende Thema spielt er keine Rolle, da kaum eine Situation vorstellbar ist, in welcher ein öffentliches Informationsinteresse darin bestünde, Kinderfotos in den Social Media öffentlich zugänglich zu machen.

Eine Persönlichkeitsverletzung kann sich auch aus den eigenen, *privaten Interessen* des Verletzers rechtfertigen.¹¹⁷ Kinder zu haben und aufzuziehen bedeutet für viele Menschen eine zentrale Sinngebung ihres Lebens und gehört zum Grundrecht der persönlichen Freiheit.¹¹⁸ Das Zusammenleben mit den Kindern bzw. das familiäre Zusammenleben ist ebenfalls Bestandteil des über Art. 28 ZGB geschützten affektiven Persönlichkeitsbereichs.¹¹⁹ Das Familienleben, die heranwachsenden Kinder und die fotografische Dokumentation der Entwicklung gehören damit wohl auch zur Persönlichkeitsentfaltung der Eltern, womit diesen diesbezüglich ein schützenswertes privates Interesse zukommt. Diese Erfahrungen mit Dritten im Rahmen von persönlichen sozialen Kontakten und auch über Social Media teilen zu können, kann dann als überwiegendes Interesse rechtfertigend wirken, wenn die Auswirkungen auf die Persönlichkeitsrechte der Kinder als marginal erscheinen, insbesondere, wenn die Kinder mit den Eltern und nicht (oder zumindest kaum, weil von der Seite oder von hinten abgelichtet) erkennbar sowie nicht in intimen oder peinlichen Situationen auf den Fotografien abgebildet werden.

¹¹⁵ Statt vieler GEISER (Fn. 1), 136.

¹¹⁶ BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 49; vgl. etwa ein Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs zur Bildberichterstattung über die Teilnahme der 11-jährigen «Eisprinzessin» Alexandra, Tochter von Caroline Prinzessin von Hannover, an einem Eiskunstlaufturnier. Das Gericht nahm eine Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit und dem Persönlichkeitsrecht des Kindes vor und kam zum Schluss, dass Letzteres überwiege, BGH, Urteil VI ZR 125/12 (KG) vom 28. Mai 2013.

¹¹⁷ GEISER (Fn. 1), 139; vgl. dazu insb. BGE 136 III 410: Versicherungsgesellschaft lässt bei Verdacht auf Versicherungsbetrug eine Person observieren und verletzt auf diese Weise deren Recht am eigenen Bild. Zu beachten ist, dass hier nicht nur das private Interesse des Versicherers zur Debatte steht, sondern auch öffentliche Interessen tangiert sein können (Interesse der Allgemeinheit, dass Missbrauch und damit der Anstieg der Prämien verhindert wird).

¹¹⁸ BGE 115 Ia 234, 247.

¹¹⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 12.75; MEIER/DE LUZE (Fn. 33), Rz. 607; CR-JEANDIN, Art. 28 ZGB N 30.

E. Rechtfertigung durch Gesetz

Art. 28 Abs. 2 ZGB erwähnt ausserdem als Rechtfertigungsgrund ganz allgemein das «Gesetz». Damit verweist der Artikel auf jene Bestimmungen (des geschriebenen oder ungeschriebenen Rechts), die ein bestimmtes Handeln als rechtmässig erklären.¹²⁰ Eine Rechtfertigung «durch Gesetz» könnte aufgrund der elterlichen Sorge vorliegen.¹²¹ Wie weiter oben dargestellt,¹²² müssen sich die Eltern jedoch stets am Wohl des Kindes orientieren, weshalb darauf verwiesen werden kann. Überschreiten Eltern die Grenzen der elterlichen Sorge, kann dies keine Persönlichkeitsverletzung der Kinder rechtfertigen.

V. Fazit

Laden Eltern Fotos ihres Kleinkindes auf soziale Netzwerke, dürfte regelmässig das Persönlichkeitsrecht der Kinder bzw. ihr Recht am eigenen Bild verletzt sein. Eine rechtfertigende Einwilligung durch die Eltern als gesetzliche Vertreter ist ausgeschlossen. In Ausnahmefällen kann eine Publikation durch überwiegende private Interessen der Eltern gerechtfertigt sein, was im Rahmen einer sorgfältigen Interessenabwägung anhand der konkreten Umstände zu entscheiden ist. Bei Interessenkonflikten könnte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde theoretisch dem Kind einen Vertretungsbeistand zur Seite stellen,¹²³ um bspw. auf Beseitigung der Persönlichkeitsverletzung zu klagen,¹²⁴ was in der Praxis aber wohl so gut wie nie vorkommen dürfte.¹²⁵ Gerichtliche Auseinandersetzungen betreffen meist die Verhinderung von Publikationen von Kinderfotos im Rahmen von elterlichen Auseinandersetzungen, wo der eine Elternteil vom anderen die Beseitigung von Fotos verlangt.¹²⁶ Auch ein generelles Verbot, Kinderfotos auf soziale Medien hochzuladen, überzeugt nicht. Ein solches Verbot wäre kaum zu kontrollieren, zudem müsste dieses eine Differenzie-

¹²⁰ GEISER (Fn. 1), 171.

¹²¹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 12), Rz. 12.38.

¹²² Vgl. oben IV. C.

¹²³ Art. 306 Abs. 2 ZGB; vgl. statt vieler CYRIL HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1999, Rz. 26.30.

¹²⁴ Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.

¹²⁵ Fassbind (Fn. 52), 315, 324; denkbar wäre, dass Betroffene bei Volljährigkeit gegen die Eltern vorgehen, wenn die Verletzung andauert.

¹²⁶ Vgl. das oben erwähnte Urteil eines portugiesischen Obergerichts (Fn. 109) sowie ein Urteil des deutschen Amtsgerichts Menden, das auf Klage der Ex-Frau einem Vater die Veröffentlichung von Kinderfotos auf der Internetseite untersagte und ihn zum Entfernen der Fotos verpflichtete (Urteil 4 C 526/09 vom 3. Februar 2010). Vgl. auch den Sachverhalt in BGer 5A_318/2016 vom 10. Oktober 2016.

rung hinsichtlich des Alters der Kinder und der Art der Fotografien vornehmen, die in generell-abstrakter Weise gar nicht möglich wäre.

Genauso wie Kinder und Jugendliche den Umgang mit den neuen Medien lernen müssen, sind auch ihre Eltern angehalten, einen reflektierten und verantwortungsvollen Umgang mit der Bildpublikation im Netz anzustreben. Im Idealfall lernen Eltern und Kinder voneinander, indem sie sich über das heikle Thema unterhalten und sich damit gemeinsam auseinandersetzen. Solange die Kinder noch klein sind und ihre Rechte noch nicht selber geltend machen können, sind die Eltern verpflichtet, sich vor jeder Veröffentlichung von Familienbildern zu fragen, ob das Bild im sozialen Netzwerk am richtigen Ort ist oder vielleicht doch eher ins private Familienalbum gehört.¹²⁷ Juristinnen und Juristen kommt auch die gesellschaftsrelevante Aufgabe zu, auf die dergestalt regelmässig verletzten Persönlichkeitsrechte von Kindern hinzuweisen. Es ist zu hoffen, dass unsere Überlegungen einen kleinen Beitrag leisten, um auch in juristischen Fachkreisen eine Sensibilisierung für diese Haltung zu stärken.

¹²⁷ Im Rahmen des SNF-Forschungsprojekts «Familienbilder im Social Web» wurde ein «Entscheidungskreis» für das Hochladen von Bildern erstellt: <https://netzbilder.net/wp-content/uploads/2015/03/Entscheidungskreis-f%C3%BCr-das-Online-Stellen-von-Bildern.pdf>, abgerufen am 12. Juni 2017.